

tant dans la matière de la chose jugée. M. Valette a le premier établi les vrais principes sur la question que nous allons examiner (1), et il l'a fait avec une telle évidence qu'il a entraîné tous les auteurs qui ont écrit depuis; la doctrine paraissait unanime quand M. Larombière est venu prendre parti pour la jurisprudence. Les questions de droit ne se décident pas par voie d'autorité; la jurisprudence même n'est pas encore arrêtée, les cours d'appel résistent à la cour de cassation. Il y a une autorité plus grande que celle de la cour suprême, c'est celle de la tradition et des principes; or, Pothier enseigne, sans manifester aucun doute, que les créanciers hypothécaires ne sont pas représentés par le débiteur (2), et les principes que tout le monde admet conduisent irrésistiblement à cette conséquence.

Si l'on ne savait pas que la question est si controversée, on s'étonnerait qu'elle le soit. Le principe concernant les ayants cause qui ont un droit réel dans la chose s'applique littéralement aux créanciers hypothécaires. On suppose que l'hypothèque est inscrite. Postérieurement un jugement rendu avec le débiteur décide que celui-ci n'est pas propriétaire; ce jugement a-t-il l'autorité de la chose jugée à l'égard du créancier hypothécaire? Il n'y aurait pas chose jugée, tout le monde en convient, si, au lieu d'une hypothèque, il s'agissait d'une servitude ou d'un usufruit. Y a-t-il une raison de cette différence entre les divers droits réels? Dans tous les cas il y a un ayant cause qui a un droit dans la chose, droit que son auteur ne peut lui enlever, ni par des conventions, ni par des jugements; pourquoi donc le jugement a-t-il l'autorité de la chose jugée à l'égard du créancier hypothécaire, tandis qu'il ne peut pas être opposé à l'usufruitier? C'est que, dit-on, l'usufruit est un démembrement de la propriété, une aliénation partielle de la chose qui permet d'assimiler l'usufruitier à l'acquéreur; tandis que l'hypothèque

(1) Valette dans la *Revue de droit français et étranger*, t. I, 1844, p. 27. Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 484, note 23, et les autorités qu'ils citent.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 904.

n'est pas un démembrement de la propriété. Eh! qu'importe, quand même cela serait vrai? Admettons que le débiteur conserve la plénitude de son droit de propriété, il peut disposer de la chose; il l'aliène, est-ce qu'en disposant il peut porter atteinte à l'hypothèque qui grève la chose? Non; eh bien, ce qu'il ne peut faire par convention, il ne peut le faire par jugement: cela est décisif. Mais est-il bien vrai que l'hypothèque ne démembre pas la propriété? On le dit; les partisans mêmes de l'opinion que nous défendons l'admettent (1); ils ont tort de faire cette concession, car voici Larombière qui s'en empare et qui dit que le débiteur dont les biens sont grevés d'hypothèques n'en conserve pas moins tous les droits inhérents à la propriété (2). L'erreur est palpable, le contraire est écrit dans notre loi hypothécaire (art. 45) et la loi n'a fait que consacrer le principe élémentaire qui défend au débiteur et à tout détenteur de l'immeuble hypothéqué d'altérer le droit réel d'hypothèque par des actes quelconques qui diminueraient la garantie hypothécaire. Ce principe suffit pour décider la question: le débiteur ne peut faire aucun acte qui porte atteinte au droit du créancier hypothécaire, et ce qu'il ne peut faire par des conventions, il ne peut le faire par jugement, puisque les jugements ne font que déclarer ce qui a été convenu entre les parties.

On objecte que l'hypothèque ne peut être consentie que par celui qui est propriétaire de l'immeuble; or, le jugement décide que le débiteur n'est pas propriétaire, donc les hypothèques par lui consenties antérieurement au jugement doivent tomber. C'est très-mal raisonner. Sans doute, celui qui n'est pas propriétaire ne peut pas consentir d'hypothèque, mais qu'est-ce qui prouve que le débiteur n'était pas propriétaire? Le jugement qui a évincé le débiteur. Et à qui ce jugement peut-il être opposé? A ceux qui y ont été parties. Et qui y est partie? Le créancier hypothécaire n'y figure point, et il n'y est pas représenté, donc le jugement n'a pas contre lui l'autorité de la chose jugée.

(1) Marcadé, t. V, p. 193, n° XII de l'article 1351.

(2) Larombière, t. V, p. 300, n° 117 (Ed. B., t. III, p. 268).

Merlin crie à l'absurde et Larombière renchérit sur ce reproche. Si, dit-on, les jugements qui évincent le débiteur ne peuvent être opposés aux créanciers hypothécaires, il faudra que le demandeur en revendication mette en cause tous les créanciers ayant hypothèque sur la chose ou intente autant de procès qu'il y a de créanciers hypothécaires : c'est bien là l'idée la plus absurde que l'on puisse imaginer. Nous pourrions nous contenter de répondre : Que nous importe ? Qu'une loi, dans ses conséquences, conduise à des résultats absurdes, c'est l'affaire du législateur ; l'interprète ne peut ni ne doit s'en inquiéter, ou il faut aller jusqu'à dire qu'une loi absurde ne doit pas être interprétée dans le sens absurde qu'elle présente, ce qui serait bien la plus grande des absurdités. Il y a une réponse plus péremptoire encore à faire au reproche d'absurdité, c'est qu'il ne tient pas compte du principe même de la loi. En disant que la chose jugée n'existe qu'à l'égard de ceux qui ont été parties en cause, la loi suppose bien que le même procès peut être porté successivement devant les tribunaux. S'il n'y a pas absurdité à ce que le demandeur renouvelle sa demande deux, trois fois contre deux ou trois personnes différentes, y aura-t-il absurdité s'il y a quatre ou cinq nouvelles instances ? Qu'on veuille bien nous dire à quelle limite commencera l'absurdité ! J'ai une créance contre une personne qui laisse trente ou quarante héritiers. Dois-je les poursuivre tous à la fois ? Non. Je poursuis l'un, puis-je opposer le jugement de condamnation aux autres ? Non. Je serai donc dans le cas de faire trente ou quarante procès ? Oui. Crierait-on à l'absurde ? La réponse est écrite dans l'article 1351. Et qu'on veuille bien remarquer que le créancier peut ne pas connaître tous les héritiers ; il s'est présenté des cas où le défunt lui-même ne les connaissait point ; le créancier ne peut donc pas les mettre en cause, il est obligé d'agir successivement. On n'en peut pas dire autant du propriétaire qui revendique un immeuble ; il trouve les noms des créanciers hypothécaires dans les inscriptions prises au bureau du conservateur ; rien de plus simple que de les mettre

en cause ; c'est un moyen bien facile de prévenir les inconvénients à raison desquels on veut faire dire à la loi le contraire de ce qu'elle dit.

106. La jurisprudence est contraire à notre opinion, mais elle n'a guère d'autorité en cette matière, car la plupart des arrêts ne donnent aucune raison. Est-ce un motif que de dire : Attendu que le créancier est représenté par son débiteur ? C'est précisément là la question, et affirmer n'est pas prouver. Il y a plus : la cour de cassation semblait avoir abandonné la doctrine de Merlin, et l'on pouvait espérer qu'elle reviendrait à l'opinion qui a pour elle le nom de Pothier (1). Mais les derniers arrêts consacrent de nouveau l'ancienne jurisprudence. Nous nous bornons à la constater. La cour dit que le débiteur est le représentant naturel de ses créanciers, ce qui est vrai des créanciers chirographaires, mais cela n'est pas vrai des créanciers hypothécaires. La cour semble néanmoins faire une concession à l'opinion générale des auteurs. Quand les créanciers n'ont d'autres droits à faire valoir que ceux qu'ils tiennent de leur débiteur et que celui-ci avait vainement soutenus, il y a chose jugée ; la cour oublie que cette identité de cause et de moyens se présente presque toujours quand un ayant cause soutient, dans une seconde instance, ce que son auteur a vainement soutenu dans une première instance, ce qui n'empêche pas que l'ayant cause puisse renouveler le procès. Mais, dit la cour, les créanciers ont souvent des *droits personnels* qu'eux seuls peuvent invoquer ; par exemple, quand il y a un concert frauduleux entre le vendeur et l'acheteur, ou quand l'acte authentique de vente porte quittance et que la résolution n'est obtenue qu'en vertu d'une contre-lettre qui est sans force contre les tiers ; enfin quand le vendeur, ayant négligé de conserver son privilège, a perdu le droit d'exercer l'action résolutoire, au préjudice des créanciers inscrits. Dans ces cas, dit la cour, et dans tous les cas semblables, les créan-

(1) Rejet, chambre civile, 28 août 1849 (Daloz, 1850, 1, 57). Voyez l'état de la jurisprudence dans une note de Daloz, 1860, 1, 17.

ciers n'étant pas représentés par leur débiteur, le jugement rendu avec lui seul n'a pas force de chose jugée contre eux (1). A notre avis, cette concession n'est point suffisante et elle témoigne même contre la jurisprudence. En effet, les créanciers ont toujours un droit qui leur est propre quand ils sont hypothécaires ; puisqu'ils ont un droit dans la chose aussi bien que les ayants cause auxquels le débiteur a vendu la chose avant le jugement et ceux auxquels il a concédé un droit de servitude ou d'usufruit. Les cours d'appel résistent toujours, comme le prouvent les arrêts de cassation que la cour suprême prononce (2). Nous ne doutons pas que la cour ne revienne sur sa jurisprudence quand la question sera portée devant les chambres réunies.

107. Pothier dit que le débiteur n'est jamais représenté par ses créanciers, ni l'auteur par ses ayants cause (3). Cela est d'évidence ; les créanciers et les successeurs à titre particulier n'ont aucune qualité pour représenter celui de qui ils tiennent leur droit. Je revendique un immeuble contre celui qui le possède à titre d'acqureur et j'obtiens gain de cause. Si le vendeur en réclame le délaissement contre moi, je ne puis pas lui opposer le jugement que j'ai obtenu contre son ayant cause, quand même le vendeur n'aurait pas d'autres droits à faire valoir que son acqureur ; cela prouve que la distinction que fait la cour de cassation, en ce qui concerne les créanciers hypothécaires (n° 106), n'a aucun fondement. Il a été jugé en matière fiscale que le jugement qui ordonne l'exécution de la contrainte décernée contre l'acqureur ne saurait préjudicier au vendeur qui n'a point été en cause ; celui-ci reste maître d'arguer la vente de nullité, et de s'opposer à la saisie pratiquée par la régie sur le fonds aliéné (4). De même les jugements rendus

(1) Cassation, 6 décembre 1859 (Daloz, 1860, 1, 17) ; 13 décembre 1864 (Daloz, 1865, 1, 142. Rejet, 15 juillet 1869 (Daloz, 1871, 1, 248).

(2) Comparez Nancy, 22 février 1867 (Daloz, 1867, 2, 101).

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 905. Toullier, t. V, 2, p. 170, n° 200 et tous les auteurs.

(4) Cassation, 22 mai 1811 (Daloz, au mot *Enregistrement*, n° 221).

entre le propriétaire et un sous-locataire n'ont point force de chose jugée contre le locataire principal qui n'y a point été partie, et les décisions rendues contre les locataires ne font point force de chose jugée à l'égard des propriétaires.

5. DES MANDATAIRES.

108. Les mandataires représentent le mandant : c'est là l'objet du mandat. De là suit que le mandant ne peut attaquer une décision qui a obtenu l'autorité de la chose jugée contre son mandataire (1). Le mandant représente-t-il aussi le mandataire ? Oui, s'il a ratifié ce que le mandataire a fait. Voici l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation. Le débiteur réclame et obtient des dommages-intérêts à raison du commandement tendant à saisie immobilière et de la procédure en expropriation indûment dirigée contre lui par ses créanciers. Après l'exécution de la condamnation, il demande des dommages-intérêts à raison du même fait contre l'avoué qui avait intenté les poursuites. Cette seconde demande a été repoussée. Sur le pourvoi en cassation, la cour dit que l'avoué contre lequel la seconde demande était dirigée avait été représenté dans la première instance par ses mandants ; en effet, les créanciers avaient ratifié l'acte de l'avoué leur mandataire en persistant à donner suite après sommation et, par conséquent, en pleine connaissance de cause, au commandement préparé dans l'étude de l'avoué. Si le mandataire représente le mandant quand il exécute le mandat, le mandant, qui a ratifié, représente à son tour le mandataire lorsqu'il défend ses actes et fait valoir l'exécution du mandat. C'est précisément parce qu'il le représente, qu'il est attaqué en responsabilité. Le demandeur, ajoute la cour, n'a pas le droit de se plaindre, puisqu'il a fait valoir ses droits contre le man-

(1) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Daloz, au mot *Chose jugée*, n° 254.

dant et qu'il dépendait de lui de faire assigner en même temps le mandataire (1).

109. Il y a un mandataire dont la mission a un caractère tout spécial, c'est l'exécuteur testamentaire; c'est le testateur qui le nomme, et il représente les héritiers et les légataires. Ce qui est jugé avec lui fait-il chose jugée à l'égard des légataires et des héritiers (2)? Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Testaments*, sur cette matière.

110. Les mandataires légaux représentent ceux dont ils administrent les biens. Aux termes de l'article 450, le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils. Pothier applique ce principe à la chose jugée. « Si le tuteur d'un mineur a formé une demande contre moi, dont le juge m'a donné congé, et que ce mineur devenu majeur intente contre moi la même demande, je puis lui opposer l'exception de chose jugée; car le jugement rendu contre le tuteur est réputé rendu contre le mineur, qui était la véritable partie, par le ministère de son tuteur (3). » Il va sans dire que l'on applique à ce cas les principes généraux qui régissent la chose jugée; il faut donc que l'objet soit le même, ainsi que la cause. Un jugement ordonne la vente sur licitation d'un immeuble indivis entre des mineurs et leur père: peut-on l'opposer aux mineurs dans une instance nouvelle où il s'agit de la propriété de l'immeuble? Non, parce que le premier jugement n'a rien décidé quant à la propriété (4).

Le mari est administrateur légal des biens de la femme sous le régime de la communauté, de même que sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal; comme tel, il a les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à sa femme, et même les actions réelles, quant aux biens de la femme dotale (art. 1428 et 1549). Donc ce qui est jugé avec le mari a l'autorité de la chose

(1) Rejet, 23 avril 1855 (Daloz, 1855, 1, 161).

(2) Bourges, 17 janvier 1829 (Daloz, au mot *Chose jugée*, n° 239). Comparez le tome XIV de mes *Principes*, p. 386, n° 362.

(3) Pothier, *Des obligations*, n° 900 Duranton, t. XIII, p. 538, n° 504 et tous les auteurs. Rejet, 7 janvier 1857 (Daloz, 1857, 1, 151).

(4) Douai, 8 janvier 1841 (Daloz, au mot *Chose jugée*, n° 234).

jugée à l'égard de la femme (1). Le principe est incontestable; cependant il a été méconnu par la cour de Bordeaux dans l'espèce suivante. Une succession mobilière échoit à une femme dotale; le mari la représente dans l'instance en liquidation; le jugement qui homologue l'acte de liquidation a l'autorité de la chose jugée au profit de la femme comme il l'aurait contre elle. La conséquence, ainsi formulée, n'est point douteuse. Mais l'acte de liquidation attribuait à la femme, donataire du défunt, la quotité disponible et la réserve cumulées, à raison de sa renonciation à la succession; la cour de Bordeaux décida que le jugement ne pouvait être invoqué par la femme, en ce qui concernait le cumul, il ne maintint l'attribution que pour la quotité disponible. Cette décision, juste en droit, violait l'autorité de la chose jugée: le mari avait le droit d'agir au nom de sa femme en vertu des articles 1428 et 1549. En effet, quel était l'objet de l'action? La femme ayant renoncé à la succession pour s'en tenir à la donation qui lui avait été faite, avait une créance à exercer de ce chef contre la succession; c'était au mari que cette action appartenait, donc ce que le tribunal avait jugé concernant le montant de la créance était jugé avec la femme représentée par son mari. L'arrêt a été cassé et il devait l'être (2).

Le même principe s'applique au mandat judiciaire. Les envoyés en possession représentent l'absent, d'après les distinctions que nous avons faites au titre de l'*Absence*. Les agents et syndics d'une faillite représentent la masse des créanciers quant aux droits qui leur sont communs. Un jugement rendu entre l'agent d'une faillite et le failli décide que ce dernier n'est pas commerçant: ce jugement a force de chose jugée contre les créanciers (3).

111. Il se présente une difficulté pour les mandataires légaux ou judiciaires. Tous n'ont pas le même pouvoir: ainsi le mari a des pouvoirs plus étendus sous le régime dotal que sous le régime de la communauté, et ses pou-

(1) Duranton, t. XIII, p. 536, n° 503.

(2) Cassation, 14 août 1865 (Daloz, 1865, 1, 264).

(3) Bruxelles, 20 décembre 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 306).

voirs différent encore, en ce qui concerne les actions en partage, selon que les époux sont mariés sous le régime de la communauté ou sous le régime exclusif de communauté. D'autres mandataires légaux sont assujettis à certaines formalités requises pour qu'ils puissent intenter certaines actions. Tels sont les tuteurs; ils ne peuvent introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille (art. 464). On suppose qu'un mandataire légal ou judiciaire intente une action qui dépasse la limite de ses pouvoirs, ou qu'il ne remplisse pas les formalités que la loi prescrit : le jugement a-t-il l'autorité de la chose jugée à l'égard de celui qui a été illégalement représenté? Il nous semble que la négative est certaine. On ne peut pas dire que le mineur soit représenté par son tuteur lorsque celui-ci a introduit en justice une action immobilière sans y être autorisé par le conseil de famille; il est vrai que le jugement, s'il n'est pas attaqué, pourra être exécuté, mais le mineur ne sera pas lié par la chose jugée, en ce sens que, devenu majeur, il peut l'attaquer par la voie de la requête civile (code de proc., art. 480, 2^o). La question a été jugée ainsi par la cour de cassation dans une espèce où le tuteur était partie intéressée et où, par conséquent, il aurait dû être remplacé par un tuteur *ad hoc* (1). Pour le mineur, on peut objecter qu'il est toujours représenté par le tuteur en vertu de l'article 450, sauf au mineur à agir en nullité. Il n'en est pas de même des autres mandataires légaux; leur mission est limitée; en dehors du pouvoir qui leur est accordé, ils sont sans droit, et quand ils agissent sans droit, ils ne sont plus mandataires. Il en est ainsi du mari administrateur; nous reviendrons sur ce point au titre du *Contrat de mariage*. Nous faisons la même restriction pour les mandataires judiciaires, tels que les syndics d'une faillite. Il a été jugé, en ce sens, que « les syndics sont les représentants légaux de la masse du failli et que ce qui est jugé avec eux est jugé avec tous ceux des créanciers qui n'ont pas

(1) Rejet, 19 juin 1844 (Daloz, au mot *Chose jugée*, n^o 234).

des intérêts opposés ou contraires à ceux des autres ou qui n'ont pas à faire valoir des moyens qui leur seraient personnels et dont le failli, leur débiteur, n'aurait pu se prévaloir (1). »

112. Il y a des personnes qui figurent toujours aux procès par leurs représentants légaux, ce sont les personnes dites civiles; le code les appelle des établissements publics. Des lois spéciales déterminent sous quelles conditions ces établissements peuvent agir en justice et quelles formalités doivent remplir les administrateurs chargés de les représenter. Les jugements rendus avec les administrateurs ont l'autorité de la chose jugée à l'égard des établissements qu'ils représentent. Il en est de même des personnes civiles qui ont un caractère public : l'Etat, les provinces, les communes. Il ne faut pas confondre la commune avec les habitants qui la composent. Ceux-ci ont une double personnalité; en tant qu'ils exercent les droits appartenant à la commune, ils se confondent avec la commune, de sorte que ce qui est jugé avec la commune est jugé avec eux (2); mais ils ont aussi des droits à eux propres; quant à ces droits, ils ne sont pas représentés par la commune, et partant on ne peut pas leur opposer ce qui a été jugé avec les représentants de la commune (3).

Le même principe s'applique aux sociétés qui sont considérées comme personnes civiles : telles sont les sociétés de commerce. Il suit de là que les jugements qui condamnent une société de commerce, dans la personne de son gérant, a l'autorité de la chose jugée à l'égard des associés quand il s'agit d'affaires sociales (4). Les sociétés ou associations qui ne jouissent pas de ce qu'on appelle la personnification restent sous l'empire du droit commun, en ce qui concerne la chose jugée. Les membres seuls qui figurent au procès sont liés par le jugement,

(1) Cassation, 12 mars 1873 (Daloz, 1873, 1, 368).

(2) Rejet, 31 mai 1830 (Daloz, au mot *Propriété féodale*, n^o 413); 18 décembre 1866 (Daloz, 1867, 1, 381).

(3) Rejet, 19 novembre 1838 (Daloz, au mot *Communes*, n^o 1390).

(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 486, note 35, et les autorités qu'ils citent.

quoique les intérêts de tous soient les mêmes ; il ne suffit pas de l'identité d'intérêts pour qu'il y ait identité de personnes.

6. DES COINTÉRESSÉS.

113. Parfois plusieurs personnes ont le même intérêt dans un débat judiciaire. Est-ce à dire que le jugement aura l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les intéressés ? Non, certes. Nous venons d'en donner un exemple. Les membres d'une société civile ou d'une congrégation religieuse ont tous, comme tels, les mêmes intérêts ; néanmoins il n'y a aucun lien juridique entre eux, donc l'un des associés n'a pas qualité pour représenter les autres. Il en est de même dans tous les cas où celui qui est intéressé dans un débat n'y est pas représenté. La question doit donc se décider, dans chaque espèce, par les principes que nous venons d'établir ; il y aura ou il n'y aura pas chose jugée, selon que la partie qui figure dans une seconde instance aura ou n'aura pas été représentée dans la première instance.

114. Un jugement est rendu avec le grevé avant l'ouverture de la substitution : a-t-il l'autorité de la chose jugée à l'égard des appelés ? Les appelés ne sont pas les ayants cause des grevés, car ils tiennent leur droit de l'auteur de la substitution. On ne peut pas dire non plus que le grevé ait le droit de représenter les appelés ; la loi ne lui donne pas ce mandat, elle le confie à un tuteur. Il faut donc que le tuteur soit mis en cause pour que les jugements rendus avec le grevé aient l'autorité de la chose jugée à l'égard des appelés ; si le jugement n'a pas été rendu avec le tuteur, il ne peut pas leur être opposé (1).

115. Les jugements rendus avec l'héritier apparent ont-ils l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'héritier réel qui prend plus tard possession de l'hérédité ? On l'ad-

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. III, p. 293, n° 1314.

met assez généralement (1) ; nous avons décidé la question en sens contraire au titre des *Successions*.

116. Les légataires à titre particulier ou à titre universel sont-ils représentés par le légataire universel ? Non, ils tiennent leur droit du testateur, quoiqu'ils doivent demander la délivrance de leurs legs à l'héritier institué. Il peut y avoir identité d'intérêts et de cause ; peu importe, ce qui a été jugé avec le légataire universel n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard des autres légataires. Tel serait le cas où le testament est attaqué et annulé pour vice de formes (2). Il en serait ainsi alors même que le testament mettrait un legs à la charge du légataire universel ; quoique le legs fût fait sous forme de charge, il constitue néanmoins un droit distinct de celui du légataire universel (3).

117. Il s'est présenté un cas très-singulier : le prête-nom représente-t-il le débiteur réel ? L'affirmative a été jugée, et avec raison ; on suppose naturellement que le prête-nom a figuré au procès, que le débiteur réel le savait et que c'est lui qui dirigeait les débats. Il y a alors plus que représentation ; c'est, en réalité, le véritable débiteur qui est partie en cause, sous le nom de la personne fictive qui a signé le billet. Un père souscrit un billet pour son fils, parce que celui-ci ne savait pas écrire. Cela est constaté par un acte authentique et reconnu par toutes les parties. Le créancier dirigea son action contre le père ; mais, en réalité, le fils défendit à l'action sous le nom du père et proposa des exceptions qui lui étaient personnelles ; le père fut condamné. Un nouveau jugement intervint, qui déclara le premier exécutoire contre le fils. Pourvoi en cassation. La cour décida que la chose jugée n'était pas violée, parce que le premier jugement ne disait pas que le père était le débiteur réel ; le second avait donc pu juger qu'il y avait simulation dans le billet et dans la procédure fondée sur le billet (4).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 487, note 36. Comparez le tome IX de mes *Principes*, p. 637, n° 559.

(2) Toullier, t. V, 2, p. 178, n° 212 et tous les auteurs.

(3) Jugement du tribunal de la Seine, 2 déc. 1864 (Dalloz, 1864, 3, 112).

(4) Rejet, chambre civile, 26 juillet 1848 (Dalloz, 1852, 5, 97).

III. *Théorie de la représentation imparfaite.*

118. Il y a une doctrine qui admet une représentation imparfaite, c'est-à-dire que certaines personnes sont réputées avoir été représentées en justice quand le jugement leur est favorable, tandis qu'elles ne sont pas représentées dans les jugements qui leur seraient défavorables. Cette théorie n'a aucun fondement dans nos textes; la tradition est incertaine, et il en faut dire autant des principes. Nous ne discutons pas la question en termes généraux. A notre avis, il n'y a pas de représentation imparfaite : conçoit-on qu'une personne soit tout ensemble partie dans une instance et tiers? C'est comme si l'on disait qu'une personne est à la fois présente et absente dans un seul et même acte. Cela est contraire à la réalité des choses, donc c'est une fiction. Appartient-il à l'interprète de créer une fiction? Non, le législateur seul a ce droit. Si on laisse la fiction de côté, on aboutit à la conséquence que la représentation ne saurait être imparfaite. Mais alors naît une difficulté nouvelle : les personnes dont il est question sont-elles représentées ou ne le sont-elles pas? Les auteurs sont divisés et la jurisprudence n'est pas fixée. C'est la partie la plus difficile de cette difficile matière. Nous allons examiner la question pour chacune des personnes que l'on dit imparfaitement représentées.

119. La caution est-elle représentée par le débiteur dans les instances où celui-ci figure? A notre avis, non. Pour décider la question négativement, nous invoquons le principe général qui domine cette matière. On n'est représenté que par celui à qui l'on succède, dont on est l'ayant cause à titre universel ou à titre particulier, et, dans ce dernier cas, seulement lorsque le jugement est antérieur à l'acte d'où l'on tire son droit. La caution n'est, à aucun titre, l'ayant cause du débiteur, donc elle n'est pas représentée par lui. On arrive à la même conséquence quand on interroge les motifs de la loi. Il est de principe que celui qui ne peut porter atteinte aux droits d'une

personne par des conventions ne le peut pas davantage par les jugements où il figure. Le débiteur ne peut certes pas, par les conventions qu'il ferait avec le créancier, compromettre les droits de la caution; ces conventions ne peuvent être opposées à la caution, elles ne lui nuisent pas et elles ne lui profitent pas. Il en doit être de même des jugements intervenus entre le débiteur et le créancier. Qu'il soit jugé que la dette principale existe ou qu'elle n'existe pas, peu importe; le jugement est étranger à la caution, il ne peut lui nuire, donc il ne peut lui profiter (1).

On fait une objection qui paraît décisive, la tradition. Le code se borne à formuler un principe traditionnel, c'est donc par la tradition qu'il faut l'interpréter. Et que dit Pothier, le guide habituel des auteurs du code? « La dépendance de l'obligation d'une caution de celle du débiteur principal à laquelle elle a accédé, fait regarder la caution comme étant la même partie que le débiteur principal à l'égard de tout ce qui est jugé pour ou contre le débiteur (2). » Voilà une opinion en apparence toute contraire à celle que nous venons d'énoncer : Pothier dit que le débiteur représente la caution, que le jugement soit favorable ou défavorable au débiteur, et il ne paraît pas même considérer la question comme douteuse. Mais la doctrine de Pothier n'est pas aussi absolue qu'elle en a l'air, car il ajoute que la caution peut former tierce opposition contre le jugement que le créancier lui oppose, ce qui prouve que la caution est un tiers. Cette restriction ruine toute la théorie de Pothier; si la caution est un tiers, il n'est pas exact de dire qu'elle soit représentée par le débiteur, les deux idées s'excluent; et si la caution n'est pas représentée dans les jugements qui sont défavorables au débiteur, elle ne peut être représentée dans les jugements qui lui sont favorables, car il est impossible qu'elle soit à la fois tiers et partie. Les motifs que Pothier

(1) Comparez Murlon, *Répétitions*, t. II, p. 857, n° 1628.

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 908 C'est aussi la tradition belge. Van Zutphen, *Dictionnaire de pratique*, au mot *Exécution*, au titre *De la réception de caution*, n° 13.

donne à l'appui de son opinion sont généraux et ne comportent aucune distinction. Il est de l'essence du cautionnement, dit-il, que l'obligation de la caution dépende de celle du débiteur principal, qu'elle ne puisse devoir que ce qu'il doit; donc elle doit aussi ce que doit le débiteur, ce qui aboutit logiquement à la conséquence que le débiteur représente toujours la caution. Mais la raison est-elle bien décisive? On pourrait l'appliquer au créancier hypothécaire, car l'hypothèque est une dépendance de la dette principale, aussi bien que le cautionnement; cependant la doctrine est presque unanime à enseigner que le créancier hypothécaire n'est pas représenté par le débiteur (n° 105). Il faut laisser de côté cette idée de dépendance; bien que son engagement soit accessoire, la caution a des intérêts et des droits qui lui sont propres; le débiteur ne peut pas léser ces droits par les conventions qu'il ferait avec le créancier, donc il ne le peut par des jugements. Vainement dit-on que la caution ne peut devoir que ce que doit le débiteur et qu'elle doit ce que celui-ci doit. Sans doute, en supposant que le cautionnement existe et qu'il soit valable. Or, dans l'espèce, la caution soutient précisément que la dette pour laquelle elle est poursuivie est nulle ou éteinte, que, par conséquent, elle n'est plus caution. C'est donc un cercle vicieux que de dire que la caution a été représentée dans un jugement où figurait le débiteur, alors qu'elle prétend qu'elle n'était point caution (1).

Cette argumentation est très-forte quand il s'agit de jugements rendus contre le débiteur que le créancier veut opposer à la caution. Mais quand le jugement est favorable au débiteur, on prétend que la caution doit avoir le droit de l'opposer, abstraction faite de toute représentation. Le jugement décide que la dette n'existe pas ou qu'elle est éteinte. Ce jugement n'ayant été rendu qu'avec

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 638, n° 328 bis XXIX. Comparez Mourlon, t. II, p. 857, n° 1628. En sens contraire Proudhon, *De l'usufruit*, t. III, p. 299, n° 1324; Troplong, *Du cautionnement*, nos 511 et 512. Larombière a un autre système, mais qui aboutit à la même conclusion, t. V, p. 283, n° 100 (Ed. B., t. III, p. 261).

le débiteur, le créancier poursuit la caution et prétend que celle-ci ne peut se prévaloir d'un jugement où elle n'a pas été partie. Soit, dit la caution; mais, comme caution, j'ai le droit de mettre le débiteur en cause, puisque j'ai un recours contre lui; si j'acquitte la dette, le débiteur mis en cause sera condamné. Ce qui aboutit à dire que le débiteur ne profiterait pas du jugement qu'il a obtenu contre le créancier; donc, pour qu'il en profite, il faut aussi que la caution en profite. Ce raisonnement a séduit d'excellents jurisconsultes (1). Cependant il a peu de valeur au point de vue des principes qui régissent la chose jugée. La contrariété de décisions rendues dans deux instances où figurent des personnes différentes est la conséquence inévitable de la loi qui exige l'identité des personnes pour qu'il y ait présomption de vérité attachée à un jugement. L'intérêt de la défense est un droit sacré; il est décisif en ce qui concerne le créancier. Le créancier a deux actions: il peut poursuivre le débiteur, il peut poursuivre la caution; s'il échoue dans son action contre le débiteur, il doit avoir le droit de poursuivre encore la caution; si celle-ci veut profiter du premier jugement, elle doit y intervenir. Peut-elle s'abstenir et dire: Je n'agis point; mais si le jugement est défavorable, je le repousse et, s'il est favorable, je l'invoque? La logique et le bon sens repoussent cette division de la chose jugée. Le créancier peut répondre à la caution: Vous êtes partie dans l'instance contre le débiteur, ou vous n'êtes pas partie; si vous êtes partie quand le jugement vous est favorable, vous devez l'être aussi quand le jugement vous est défavorable.

L'objection que l'on fait dans l'intérêt du débiteur a une apparence d'équité: libéré en vertu d'un jugement, peut-il, malgré ce jugement, être obligé de payer? Nous répondons qu'il devait mettre la caution en cause, afin que le jugement lui fût commun. C'est la voie légale, nous n'en connaissons point d'autre. M. Colmet de Santerre

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 487, note 39. Marcadé, t. V, p. 200, n° XIII de l'article 1351. Valette, dans Mourlon, t. II, p. 858, n° 1629. Dijon, 16 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 2, 146).